

刑事判例評釈

早稲田大学刑事法学研究会

質権の目的物である株券を質権者に交付した質権設定者が除権判決を得てこれを失効させる行為と背任罪の成否

(東京高判平成11年6月9日高刑集52巻38頁〔上告〕)

内 田 幸 隆

I 事案の概要

資産運用会社 X 社の取締役である被告人は、X 社と生命保険相互会社 Y 生命との間で締結した極度額 3 億円の根担保質権設定契約に基づき 2 回にわたって受領した合計 1 億 1800 万円の融資の担保として Y 生命に入質交付した Z 社等の株券について、X 社の利益を図る目的をもって、当該株券を紛失した旨の虚偽の理由による除権判決をそれぞれ申し立て、当該株券を失効させた。これによって、Y 生命は当該質権を喪失し、当該株式の時価総額合計 8193 万 8000 円相当の財産上の損害を被った。

原判決(東京地判平成10年12月24日)は、被告人は、当該質権設定契約に基づき融資の返済がされるまでの間、質権者である Y 生命のため、質権設定者として、その質権を実効あらしめるため当該株式を担保として確保すべき任務を有していたのに、その任務に違背して除権判決を得て株券を失効させ、質権を喪失させて Y 生命に財産上の損害を加えたものであるとして、被告人に背任罪の成立を認めた。

これに対して、被告人は、当該株券を Y 生命に交付して同社が当該質権について第三者対抗要件を取得した後は、被告人は他人に帰属する財産を形式的にも処分する地位ではなく、同社のための事務処理者とはいえないとして控訴した。

II 判 旨

「株式質権の設定者は、質権の目的である株券を質権者に交付し、質権者に第

三者に対する対抗要件を具備させた後であっても、当該株券を質権者のために保全すべき任務、すなわち、株券について除権判決を得て失効させて、質権者の質権を消滅させてはならない任務を負うのであり、かつ、この任務は、自己のためのもではなく、もっぱら他人である質権者のためのものであるから、株式の質権設定者は、『他人のためにその事務を処理する者』に該当する」…「二重抵当について背任罪の成立を認めた最高裁判例(最判昭和三十一年一月七日刑集一〇卷一二号一五九二頁)が、『抵当権設定者はその登記に関し、これを完了するまでは、抵当権者に協力する任務を有することはいうまでもない』と判示しているのは、抵当権設定者が当該登記に必要な書類を抵当権者に交付した後でも、抵当権者において未だ登記を完了していない場合には、登記に関して抵当権者に協力する任務があるという趣旨であり、本件のように、質権者に当該株券を交付した後の質権設定者の保全任務については直接判示するものではない」…「従って右判例を根拠に、…質権を含め担保物権者に第三者に対する対抗要件を具備させた後は、担保物権設定者には背任罪に問われるべき任務は存在しないと解すべきではない」…「むしろ、右判例の事案では、抵当権者に第三者に対する対抗要件を具備させるのを妨げた抵当権設定者の行為を背任罪に問うているところ、本件の株式質権の場合には、株券の交付は質権設定の有効要件であり、その株券を失効させ、いわば単なる紙切れにしてしまうことは、第三者に対する対抗力どころか、質権自体を消滅させてしまうのであるから、登記協力任務を背任罪」に問われるべき「任務に該当すると解する以上は、その理は、本件のような保全任務についてより一層妥当する」…「言い換えれば、担保権設定者は、担保権者のために広い意味で担保権を保全すべき義務を負い、その一つが第三者に対する対抗要件の具備に協力すべき任務であって、前記判例は、この任務違背行為の背任罪該当性を肯定したものとみることができるのであり、担保権自体を維持すべき保全義務もまた広い意味での担保権保全義務の一つとして右登記協力義務と同様に扱うべき必然性があるのである」…なお「本件行為が、仮に裁判所を被欺罔者とし、質権消滅を財産上の不法の利益とする二項詐欺罪を構成するとしても、そのことゆえに、本罪の成立が妨げられるものでもない」

III 評 釈

1 問題の所在

本事案は、質権設定契約の対象となった株券が質権者に引き渡された後、質権設定者が当該株券につき裁判所に除権判決を申し立て、これを失効させた行為が⁽¹⁾背任罪に問われたというものである。これまで、判例は、抵当権者の対抗要件取

得に向けられた行為が問題となった二重抵当の場合に背任罪の成立を認めてきたが、本判決は、担保権者が対抗要件を取得した後の担保権設定者の行為につき、背任罪の成立を肯定しているため、背任罪の適用領域を考察する上で注目に値する。

本判決でポイントとなるのは、次の三点である。まず、第一に、二重抵当の場合に、背任罪を肯定してきた従来の判例の見地から本判決を理解することができるのかということである。第二に、本判決は、二重抵当の場合を出発点にするのではなく、むしろ、広義の担保権保全義務を行為者に認めて、その中に、二重抵当の事案と本事案を包括させようとしているが、これは正当といえるのかということである。そして、第三に、本判決のように、広義の担保権保全義務を肯定して背任罪の適用領域を広げることが、背任罪以外の財産犯の成否にどう影響するのかということである。

2 学説とその反応

本事案では、質権設定者が質権者との関係において背任罪における「他人のためにその事務を処理する者」と言えるかどうかが最大の焦点になる。したがって、以上の諸点を検討する前に、まず、背任罪の本質に関するそれぞれの学説から本判決がどのように評価されるかを整理してみたい。というのは、背任罪の本質が、「事務処理者」概念と密接に関係しているからである。そこで、背任罪の本質をめぐる学説状況を見てみると、行為者の権限に着目する見解と、行為者と本人との信頼関係に着目する見解とで大きく二つに分けることができると思われる。⁽³⁾

まず、行為者の持つ権限に着目する権限濫用説がある。⁽⁴⁾この見解を前提にすると、本事案において、被告人は、質権を処分する権限を持っていないので、背任罪で処罰する前提を欠くということになろう。また、当該株券はすでに相手側に引き渡されており、また、Y生命から、当該質権に関する権限を行使することを黙認されているわけでもないから、被告人に「事実上の」処分権限があると考えることもできない。⁽⁵⁾

これに対して、本人との信頼関係に着目するのが背信説である。ただ、背信説はその内部でさらに説が分かれるため、二重抵当の場合や本事案について結論が異なるところである。

まず、対向的信頼関係とは区別された内部的信頼関係の破壊のみを問題にする背信説は、二重抵当の場合と同じく、本事案についても対向的な信頼関係しかないとして背任罪の成立を否定することになるかと思われる。したがって、この見解によれば、本事案について詐欺罪の成否を検討することになろう。⁽⁶⁾

次に、二重抵当については背任罪を肯定するが、本事案ではこれを否定する背信説が挙げられる。すなわち、二重抵当の場合、抵当権者は、抵当権設定者の協力が無ければ、抵当権設定登記を完了することができないから、その限りで、抵当権設定者の登記協力義務の履行は、背任罪における「他人の事務」に該当するのだが、本事案の場合、すでに質権者は株券の交付を受けて対抗要件を具備した後であるので、質権の保全はもはや質権設定者に委ねられておらず、この者は質権者に対する関係で「事務処理者」とはいえないとする⁽⁷⁾。要するに、担保権について対抗要件を取得するよう、設定者が権利者に協力する義務は、背任罪における「他人の事務」に入るが、対抗要件具備後の担保権の保全は、もはや設定者にとって「他人の事務」とはいえないということになる⁽⁸⁾。

最後に、二重抵当だけでなく、本事案についても背任罪を肯定する背信説が考えられよう。すなわち、この見解は、質権設定者や抵当権設定者がなすべき、広い意味での担保権保全義務の履行を背任罪における「他人の事務」と解し、その保全義務の中には、対抗要件が具備されるよう、積極的に権利者に協力する義務だけでなく、権利者が行うところの、担保権保全のために必要な行為を妨害しないという消極的な協力義務も含まれるとし、本事案では、対抗要件を具備した後でも、除権判決を得ることで、質権を消滅させることは可能なのであるから、このような行為に出ないように求める消極的な担保権保全義務が被告人に存在するのであって、この義務に違反する以上、被告人に背任罪の成立を認めることができる⁽⁹⁾というのである。

3 検 討

それでは、このような学説の対立を踏まえつつ、本判決において問題となるポイントを検討してみたい。

まず、「抵当権設定者はその登記⁽¹⁰⁾に関し、これを完了するまでは、抵当権者に協力する任務を有する」とするなど、これまで二重抵当につき背任罪の成立を認めてきた判例の射程範囲の内に、本判決が入るといえるのかが問題になる。判例に対するこれまでの実務や学説の理解によると、単なる給付債務の不履行と區別して、「登記への協力のように他人の財産保全行為に協力する場合」において、判例は、抵当権設定者を背任罪における「事務処理者」として認めてきた、ということになるであろう⁽¹¹⁾。つまり、これまでの判例によると、担保権設定者の、対抗要件具備に向けた積極的・消極的協力義務(狭義の担保権保全義務)が問題にされていたのである。

これに対して、本事案では、対抗要件が具備された後の行為者が問題になっており、この場合に背任罪の成立を肯定した本判決は、明らかにこれまでの判例の

射程を超えている。そうであるからこそ、本判決は本事案の質権設定者に対して広義の担保権保全義務を認め、この義務の履行を背任罪における「他人の事務」に当たるとすることで、本事案と二重抵当の場合とを包括的に処理しようとしているのであろう。すなわち、この広義の担保権保全義務の中には、対抗要件具備に向けての積極的担保権保全義務(例えば、登記書類の交付など狭義の登記協力義務)、対抗要件具備に向けての消極的担保権保全義務(例えば、登記書類交付後から権利者の登記手続完了まで権利者を妨害しないという消極的登記協力義務)、対抗要件具備後の消極的担保権保全義務が含まれることになる。⁽¹²⁾そして、本判決は、被告人の当該行為について、対抗要件具備後の消極的担保権保全義務に違反するとし、背任罪の成立を肯定したと考えられるのである。

それでは、担保権設定者にこのような広い意味での担保権保全義務を認めるのははたして正当であろうか。もともと、二重抵当の場合について、これを背任罪として処罰するのであれば、単なる債務不履行も背任罪が成立することになるという根強い批判がある。すなわち、登記協力義務は、「他人のための」事務であっても、自己の債務を履行するための「自らの」事務であって、「他人の」事務といえないとされるのである。⁽¹³⁾

ここで、単なる債務不履行は背任罪として処罰されないというとき、その債務とは、契約内容における「主たる給付」債務を指してきた。しかし、対抗要件具備後の消極的担保権保全義務とは、「主たる給付」債務には入らず、「従たる」債務にしか過ぎない。⁽¹⁴⁾つまり、質権設定契約でいえば、そこでの「主たる給付」債務とは、質物の引き渡しに尽きているのである。むしろ、本事案における被告人の行為は、契約内容とは離れた単なる不法行為と限りなく境を接しているともいえる。だが、本判決のように、対抗要件具備後の消極的担保権保全義務の違反についても背任罪が成立するというのであれば、従来の意味での債務不履行ですらない場合にまで、背任罪の成立範囲を広げることになり、その限界がどこにあるのか全く分からなくなるという恐れがある。広義の担保権保全義務の履行が背任罪における「他人の事務」に当たるとすると、契約内容におけるあらゆる義務違反について背任罪が成立する可能性が出てくるのである。

次に、本判決の射程と、本判決によって背任罪と他の財産犯との関係がどう変容するかを検討してみたい。分かりやすくするために、簡単な例を二つほど挙げる。

第一の設例は、質権設定者が、質権者から質物を盗み出すというものである。この場合、本判決を前提にすると、質権設定者の行為は、第三者に対する対抗力を喪失させるところか、質権の行使自体を妨げているのであるから、担保権保全義務に違反し背任罪が成立することになるかと思われる。同時に、刑法242条に

よって窃盗罪も成立する可能性がある。すなわち、ここでは競合問題が生じることになるが、本判決は、「二項詐欺罪を構成するとしても、そのことゆえに、本罪の成立が妨げられるものでもない」とするだけで、競合問題について具体的にどう解決するかは直接明らかにしていない。

本判決を前提にすると、この問題につき解決の方法は二つほど考えられる。一つは、背任罪のみを成立させるというものである。しかし、それでは質権設定者が質権者から質物を取り返すのを防ごうとする刑法242条の趣旨を没却させることになる。もう一つは、背任罪と窃盗罪との観念的競合にするというものである。だが、そうすると結果を二重に評価することにならないかという疑問が出てくるだろう。要するに、この設例において背任罪を成立させるのは問題がある。構成要件の段階から窃盗罪しか成立しないというべきではないだろうか。

第二の設例は、抵当権設定者が、抵当権を設定した自己の家屋を破壊するというものである。この場合も、本判決を前提にすると、抵当権設定者の行為は、対抗力どころか、抵当権自体を消滅させてしまうのであるから、担保権保全義務に違反しやはり背任罪が成立することになるかと思われる。同時に、刑法262条によって、建造物損壊罪も成立する可能性がある。ここでも競合問題が生じることになるのである。

前の設例と同様、この競合問題についても、解決の仕方は二つほど考えられる。だが、背任罪のみが成立するというと、自己の家屋⁽¹⁶⁾に設定された他人の物を保護する刑法262条の趣旨が没却されることになるし、背任罪と建造物損壊罪との観念的競合にするのも、やはり結果を二重に評価することになるという疑念が出てくる。結局、この設例でも構成要件の段階から建造物損壊罪しか問題になっていないのではないだろうか。

翻って本事案について見てみると、被告人の行為が同時に2項詐欺罪に当たるなら、これと背任罪との競合が生じるはずである。判例は、詐欺罪⁽¹⁷⁾と背任罪の競合問題について、詐欺罪が優先的に成立するというのであるから、本判決が、「二項詐欺罪を構成するとしても、そのことゆえに、本罪の成立が妨げられるものでもない」とするのは、従来の判例と抵触する恐れがある。

まとめると、本判決の考え方は、刑法242条や同法262条を規定した起草者たちが全く想定していなかったものであり、処罰の間隙を埋めるという意義すら持っていないのである。本事案では背任罪の前にまず詐欺罪の成否を検討すべきであろう。⁽¹⁸⁾すなわち、除権判決が申し立てられた裁判所を被欺罔者とし、質権が消滅することで質権者に対する優先弁済を逃れたことを財産上の利益とする2項詐欺罪⁽¹⁹⁾が成立する可能性がある。

なお、本判決の考え方に従って背任罪が成立するとしても、質権の消滅それ自

体を「財産上の損害」と捉えることはできないと思われる。質権は、金銭債権を担保するに過ぎず、債務者の一般財産によって被担保債権に満足が与えられるのであれば、「財産上の損害」が生じていないともいえるからである。したがって、質権が消滅することにより被担保債権の経済的価値が⁽²⁰⁾どれほど下がったかが「財産上の損害」として問題になるというべきであろう。本稿ではこの問題につき詳述する余裕がないので、以上のことを指摘するにとどめておきたい。

- (1) 本判決の評釈として、廣上克洋「判批」研修625号(2000)15頁、伊藤渉「判批」判例セレクト00年度(2001)35頁がある。
- (2) 最判昭和31年12月7日刑集10巻12号1592頁。典型的な二重抵当の事例とは、自己の不動産に抵当権を設定した者が、抵当権者の登記手続がまだ終了しないうちに、さらに他の者に対して抵当権を設定し、後の抵当権につき登記がなされたというものである。
- (3) 詳しくは、拙稿「背任罪の系譜、およびその本質」早稲田法学会誌51巻(2001)134頁以下参照。
- (4) 権限濫用説を支持するものとして、山本輝之「背任罪における事務処理者の意義」刑法の争点〔第3版〕(2000)199頁。財産処分⁽²¹⁾の意思内容決定を問題にするものとして、上嶋一高『背任罪理解の再構成』(成文堂、1997)245頁。なお、平野龍一「横領と背任、再論(4)・完一『背信説』克服のために一」判例時報1689号(1999)27頁以下参照。
- (5) 背信的権限濫用説や新権限濫用説(大塚仁『刑法概説(各論)』〔第3版〕(有斐閣、1996)324頁、大谷實『新版刑法講義各論』(成文堂、2000)328頁、前田雅英『刑法各論講義』〔第3版〕(東京大学出版会、1999)273頁、内田文昭『刑法各論』〔第3版〕(青林書院、1996)343頁など)が、二重抵当の場合だけでなく、本事案についても、権限の有無を直接問うことなく、背任罪の成立を認めるのだとしたら、それは不当であると思われる。
- (6) 団藤重光『刑法綱要各論』〔第3版〕(創文社、1990)651頁、平川宗信「背任罪」芝原邦爾・堀内捷三・町野朔＝西田典之編『刑法理論の現代的展開各論』(日本評論社、1996)239頁以下、山口厚『問題探究刑法各論』(有斐閣、1999)201頁、斎藤豊治「背任罪の諸問題」現代刑事法12号(2000)64頁、65頁以下参照。
- (7) 曾根威彦「刑法判例の動き」平成11年度重要判例解説143頁、伊藤・前掲注(1)35頁。
- (8) ただし、二重抵当の場合、登記書類交付後の、権利者の登記手続を妨害しないという消極的協力義務の違反については背任罪を否定する見解として、曾根威彦『刑法各論』〔第3版〕(弘文堂、2001)186頁。
- (9) 廣上・前掲注(1)23頁以下。
- (10) 最判昭和31年12月7日・前掲注(2)1594頁。
- (11) 藤木英雄「背任罪」『総合判例研究叢書・刑法(11)』(有斐閣、1958)111頁、中森喜彦「二重抵当と詐欺・背任罪」刑法の判例〔第2版〕(1973)278頁、香城敏磨「背任罪の成立要件」『刑法基本講座(5)』(法学書院、1993)255頁参照。さらに、農地を売り渡し、代金を受領した者が当該農地につき県知事の許可前に第三者のためにした抵当権設定行為につき、当該農地の買主に対する背任罪が肯定できるとした判例(最判昭和38年7月9日刑集17巻6号608頁)について、売買契約の当事者間の義務は「他人の事務」と認めることができないけれども、不動産売買による、売主の所有権移転登記協力義務は、最判昭和31年12月7日・前掲注(2)を前提にする限り、少なくとも「他人の事務」に当たるとするものとして、藤井一雄「判例解説」最高

裁判所判例解説刑事篇昭和38年度110頁、111頁注(3)。

- (12) 学説は背任罪に対する考え方の違いに基づいて、このような広義の担保権保全義務を「背任罪における任務」と全く認めない立場、最初の積極的担保権保全義務だけを「背任罪における任務」と認める立場、前二者の対抗要件具備までの担保権保全義務を「背任罪における任務」と認める立場、広義の担保権保全義務全体を「背任罪における任務」と認める立場にそれぞれ分かれることになろう。なお、本事案のように株式の質入が問題になる場合は、質権設定者が株券を質権者に引き渡し、これを質権者が占有することで対抗要件は具備されるので(商法207条)、前二者の対抗要件具備までの担保権保全義務を区別する意義はないと思われる(動産質も同様である)。
- (13) 平野・前掲注(4)27頁以下。
- (14) 民法理論では、「従たる」債務について、論者によって細かく分類され、あるいはまとめられているようである(内田勝一『債権総論』(弘文堂、2000)3頁以下、163頁以下、内田貴『民法Ⅲ 債権総論・担保物権』(東京大学出版会、1996)12頁以下、近江幸治『民法講義Ⅳ〔債権法総論〕』〔第2版〕(弘文堂、2000)8頁以下、潮見佳男『債権総論』(信山社、1994)10頁以下参照)。ここでは、ひとまず「主たる給付」債務に入らないという消極的な意味で、「従たる」債務であると定義する。
- (15) 刑法242条は、1906年(明治39年)12月26日の法律取調委員会委員総会の段階で大幅な修正を受けたものの(内田文昭＝山火正則＝吉井蒼生夫編著『刑法〔明治40年〕』第6巻・日本立法資料全集26(信山社、1995)247頁)、旧刑法371条を引き継ぐものであり、したがって、その趣旨は質権の保護をも含むものだと考えられる(同書362頁参照)。なお、旧刑法371条においては、「自己ノ所有物ト雖モ典物トシテ他人ニ交付シ…之ヲ窃取シタル者ハ窃盗ヲ以テ論ス」と規定されていた。
- (16) 刑法262条は、旧刑法では規定されていなかったものであり、その趣旨は担保物権の保護をも含んでいる(『刑法〔明治40年〕』第6巻・前掲注(15)367頁参照)。
- (17) 大判大正3年12月22日刑録20輯2596頁。
- (18) 結論が同旨のものとして、伊藤・前掲注(1)35頁参照。
- (19) ただし、除権判決が申し立てられた裁判所に、当該質権について処分行為があったかどうかが問題となろう。
- (20) 岡本勝「背任罪における『財産上ノ損害』について」『刑事法の思想と理論 莊子邦雄先生古稀祝賀』(第一法規出版、1991)428頁、土本武司「不動産の二重抵当」『刑法基本講座(5)』(法学書院、1993)288頁参照。